



■ **EL CONSULTOR**  
DE LOS AYUNTAMIENTOS

# Mecanismos de control, mejora y calidad en la contratación pública

*Iván Ochsenius  
Robinson*



# Mecanismos de control, mejora y calidad en la contratación pública

*Iván Ochsenius Robinson*

Consulte en la web de Wolters Kluwer (<http://digital.wke.es>) posibles actualizaciones, gratuitas, de esta obra, posteriores a su publicación.

© Iván Ochsenius Robinson, 2019

© Wolters Kluwer España, S.A.

### **Wolters Kluwer**

C/ Collado Mediano, 9

28231 Las Rozas (Madrid)

**Tel:** 902 250 500 – Fax: 902 250 502

**e-mail:** [clientes@wolterskluwer.com](mailto:clientes@wolterskluwer.com)

<http://www.wolterskluwer.es>

**Primera edición:** Marzo 2019

**Depósito Legal:** M-8457-2019

**ISBN versión impresa:** 978-84-7052-485-1

**ISBN versión electrónica:** 978-84-7052-486-8

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer España, S.A.

Printed in Spain

© **WOLTERS KLUWER ESPAÑA, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **CEDRO** (Centro Español de Derechos Reprográficos, [www.cedro.org](http://www.cedro.org)) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

**Nota de la Editorial:** El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

Consultiva para la Transparencia en las Islas Baleares, adscrita a la Consejería de Presidencia, han fijado estándares de transparencia más estrictos en materia de contratos, centralizando la recopilación de datos y mejorado el examen de los procedimientos. Las Comunidades Autónomas de Valencia y Cataluña han desarrollado una buena práctica en el marco de los contratos negociados —permitidos en determinadas condiciones por la normativa de contratación de la UE—, consistente en dar carácter obligatorio a la publicidad de las ofertas y facilitar la participación de todas las empresas, sin que tengan que haber sido invitadas oficialmente de antemano <sup>(584)</sup>.

De igual modo, y según la Comisión Europea en un estudio a ocho de sus Estados miembros, una de las prácticas exitosas identificadas al año 2013 para frenar la corrupción en esta materia, fue mejorar los estándares de transparencia a través de la optimización y gestión de ésta, realizando auditorías y evaluaciones independientes, estructurando y analizando datos, entre otras acciones <sup>(585)</sup>.

#### (ñ) *Implementación de Pactos de Integridad.*

Finalmente, mencionamos la relevancia de promover, potenciar y buscar los incentivos para implementar pactos de integridad. Estos acuerdos —que ya hemos desarrollado en puntos anteriores—, deben ser promovidos desde los gobiernos e informados claramente al sector privado, mostrando la conveniencia y beneficio mutuo de llevarlos a cabo. En la medida que exista un aumento de estos acuerdos en materia de contratos en un país, serán necesarios menos controles de otros tipos para garantizar un proceso de adquisición óptimo.

## 4. ESPAÑA Y EL CONTROL DE SU CONTRATACIÓN PÚBLICA

Como indica la «Carta de compromisos con la calidad» de las administraciones públicas en el territorio, «Las Administraciones han de modernizar sus sistemas de responsabilidad y control, debiendo conceder más importancia a los resultados, para lo que tienen que comprometerse a mejorar las técnicas administrativas y presupuestarias de planificación, control y evaluación» <sup>(586)</sup>.

Desde una retrospectiva, la regulación actual del territorio español según LÓPEZ GUERRA et al., viene a seguir el precedente de la constitución de 1931, y no el fijado por las constituciones monárquicas del siglo XIX. Por ello, Gobierno y Rey se configuran como órganos constitucionales distintos <sup>(587)</sup>, donde el primero debe ser el responsable directo por el control del Estado y su sector gubernamental. En la

---

(584) Comisión Europea (2014a), op. cit., documento de anexo 9, p. 14.

(585) El resto de prácticas recomendadas fueron: análisis de contratistas y beneficiarios, instrumentos y prácticas de prevención, y funcionarios especializados y bien entrenados Comisión Europea (2013), op. cit., p. 10.

(586) AEVAL (2009), op. cit., p. 8.

(587) LÓPEZ GUERRA et al. (2003), op. cit., pp. 144-145.

administración pública, la Constitución Española es fiel reflejo de este necesario de control, definiéndose en este marco jurídico nacional las facultades de los poderes del Estado y sus ciudadanos, además de instituir una serie de órganos de relevancia constitucional encargados de medir al Gobierno y su actuación.

Como ya hemos destacado, el control busca esencialmente una ejecución óptima de la política de gobierno, y su vez, que la actuación administrativa esté sometida al ordenamiento jurídico. El control político español, en este contexto, corresponde por ello al ejercido por las Cortes Generales, siendo estas las de competencia para monitorizar las acciones del gobierno<sup>(588)</sup>.

En este escenario, mencionamos al control ejercido por el Tribunal de Cuentas, el cual es un órgano de naturaleza técnica comisionado por tales Cortes Generales. Tal Tribunal, el cual está amparado en el artículo 136.1 CE, es «El supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica de Estado, así como del sector público...», presentando una doble función: es un órgano del control contable de la ejecución presupuestaria (artículo 136.2 CE); y por otro lado, se le atribuye jurisdicción propia relativa al enjuiciamiento contable de las infracciones o responsabilidades detectadas en las cuentas del Estado y sector público<sup>(589)</sup>.

Luego, y en referencia al control jurídico de este sector público, debemos decir que este proviene de su sometimiento a la legalidad conforme al artículo 9.1 CE, reforzado por el artículo 103.1 CE y 2 CE, en los cuales según su naturaleza, en la Administración española este examen puede dividirse en: controles jurisdiccionales y no jurisdiccionales, según sean ejercidos por jueces o tribunales, o por otros organismos<sup>(590)</sup>. No olvidando también mencionar al artículo 106.1 de esta misma carta magna, el cual señala que, «Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican».

Este control judicial, unido a los principios de tutela efectiva del artículo 24 CE y de exclusividad judicial para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado del artículo 117.3 CE, ha extendido su legitimación frente a los estrechos límites establecidos inicialmente por la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa<sup>(591)</sup>. Así, el Tribunal Constitucional que está dotado de independencia del resto de poderes, es el encargado, entre otros asuntos, del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53.2 CE, en cuyo ejercicio podrá supervisar las resoluciones judiciales relativas a la actuación de las administraciones públicas

---

(588) El control político es un control ejercido por el Parlamento a través de criterios políticos (Fuentes Vega et al., 1999, op. cit., p. 572).

(589) LÓPEZ GUERRA et al. (2003), op. cit., p. 201. La función de fiscalización contable de este Tribunal, realiza por una parte un control del sometimiento de la actividad económico financiera del sector público a los principios de legalidad, eficiencia y economía, y por otro lado, le compete el control de cada presupuesto público.

(590) *Ibid*, pp. 197-200.

(591) FUENTES VEGA et al. (1999), op. cit.

(artículo 161 CE y artículo 1 LOTC). Por esta razón, aunque tal organismo no ejerce una inspección directa de la Administración, si bien ha podido realizar una labor importante de acercamiento de los sistemas de control administrativo a los valores constitucionales, sobre todo en relación a los controles judiciales<sup>(592)</sup>.

Asimismo, y aunque su tarea no sea un examen de esta administración pública propiamente tal, mencionamos la función ejercida por el Consejo del Estado, el cual como sostiene el artículo 107 CE, «...es el supremo órgano consultivo del Gobierno», desarrollando su función a través de la emisión de dictámenes estrictamente jurídicos, los cuales no obstante y como regla general, no son vinculantes<sup>(593)</sup>.

Así, y llegando luego de esta descripción normativa a uno de los diagnósticos actuales sobre este control y los organismos que lo ejecutan, GAMERO y FERNÁNDEZ afirman que los controles desplegados sobre los poderes públicos españoles en general, y sobre sus Administraciones, requieren de revisión por su manifiesto fracaso. Argumentando que existen tres factores que muestran esta realidad. El primero, es el anacronismo de la jurisdicción contencioso-administrativa, indicando la rígida estructura del proceso y su larga duración, donde BALLART y RAMIÓ al año 2000 agregan que este retraso ha venido de los problemas de gestión que arrastra el poder judicial, y a la práctica procesal de los abogados que utilizan estrategias legales para obstaculizar los procesos y evitar la ejecución de las sentencias<sup>(594)</sup>. El segundo, es el colapso de las estructuras de control, subrayando que a pesar de la gran cantidad de organismos de control existentes, han sido ineficientes para evitar los abusos, y que esto ha traído también duplicidad de sus funciones. Y en tercer lugar, señalan la necesidad de una nueva herramienta de control, aludiendo que esta es la que puede desplegar la sociedad civil mediante instrumentos de transparencia del poder público<sup>(595)</sup>.

A tal respecto, IPIÑAZAR PETRALANDA y GARCÍA-DELGADO atribuyen que este deficiente escenario es debido a que las instituciones carecen de medios para inspeccionar, y por lo tanto, «...únicamente fiscalizan una serie de entes que, generalmente, suele estar compuesta por los requerimiento legales y algunas peticiones recibidas de las Cortes Generales (o Parlamentos Autonómicos, según el órgano de control), los ciudadanos o por el propio órgano de control»<sup>(596)</sup>.

En lo relativo a la contratación pública, y en palabras de MALARET ELISENDA, la doctrina legal en el pasado tenía como finalidad limitar el ejercicio de las prerrogativas, luchar contra el poder y sus inmunidades. Al presente, trata de garantizar que

---

(592) *Ibid.* Ver más detalle de este organismo y su control en PARADA VÁZQUEZ (2017), op. cit., pp. 194-195.

(593) LÓPEZ GUERRA et al. (2003), op. cit., p. 200.

(594) BALLART y RAMIÓ (2000), op. cit., p. 560.

(595) GAMERO y FERNÁNDEZ (2016), op. cit., pp. 64-65.

(596) IPIÑAZAR y GARCÍA-DELGADO (2016), op. cit., p. 32.

se ejerzan efectivamente los poderes de la Administración, y que en la realización de sus cometidos actúe al servicio del interés general, asignando los fondos públicos de manera eficiente<sup>(597)</sup>. Esta situación, por consiguiente, fundamenta la razón del tan necesario control en esta materia pública en el país.

#### **4.1. Contexto y deficiencias del actual control en materia de contratos públicos**

La contratación pública en España despilfarra en torno al 4,5% del PIB por sus deficientes mecanismos de control, y su ineficiencia (Villoria Mendieta)<sup>(598)</sup>.

Con carácter general, los controles en el territorio están respondiendo deficientemente a medir las malas prácticas de la Administración, así como su gestión interna en términos de eficiencia y eficacia, encontrando por lo tanto en este escenario, el por qué el sistema actual de contratación español se encuentra debilitado. Esta realidad, contrasta con países como el Reino Unido, Irlanda, Canadá, Estados Unidos, Alemania, Corea del Sur, entre otros. Además, es bastante distinta a algunos Estados en América, quienes ya hace años vienen adecuando controles de gestión e implementación de indicadores de desempeño para saber cómo están funcionando sus procesos de adquisiciones<sup>(599)</sup>.

Sobre el ámbito de aplicación de este control, debemos decir que está referido a qué órganos afecta y cuáles de sus actos están sometidos a esta función administrativa. Es decir, existe un ámbito (o delimitación) subjetivo y otro objetivo de su aplicación<sup>(600)</sup>. De acuerdo a FUENTES VEGA et al., hasta épocas recientes primaba un punto de vista jurídico en el campo de la administración pública española, desarrollándose un control de regularidad y único. Luego, la escasez de recursos en el Estado llevó a la necesidad de racionalizar las actuaciones administrativas a través de la técnica de gestión por objetivos, abriendo la idea de economicidad que abarcaba tanto la eficiencia como la eficacia. Entonces, fue así que de existir únicamente un punto de vista jurídico, se pasó a uno financiero, económico y técnico<sup>(601)</sup>.

En cuanto a su estructura, podemos señalar que goza en la ley de una posición institucional plenamente homologable a la de los países más avanzados de la región<sup>(602)</sup>, dividiéndose en su operatoria en interno y externo, evidenciándose así un sistema de control dual y descentralizado. Según PEÑA OCHOA, este examen se

---

(597) MALARET, Elisenda (2016), op. cit., pp. 56-57.

(598) VILLORIA MENDIETA (2017), op. cit.

(599) Casos como en países de México, Brasil, Colombia y Chile.

(600) FUENTES VEGA et al. (1999), op. cit., p. 570. Dentro del ámbito subjetivo de la actividad financiera, se extiende fundamentalmente a los entes públicos. En el caso de los entes privados, el control al que nos estamos refiriendo afecta cuando existen subvenciones o ayudas públicas.

(601) *Ibid*, p. 580.

(602) PEÑA OCHOA (2017), op. cit., ppt.9-10.

caracteriza además por ser exhaustivo, recurrente y sistemático, siendo sin embargo en muchos casos, por ejemplo en la contratación, claramente redundante<sup>(603)</sup>.

De este modo, y en un análisis amplio de su realidad, debemos reseñar que esta función administrativa ha sufrido un retroceso, como consecuencia del principio de autonomía y de la profunda descentralización llevada a cabo por la Constitución de 1978. De este modo, y como sostiene PARADA VÁZQUEZ, las Comunidades Autónomas nacieron libres de cualquier tipo de control a ejercer por la Administración del Estado, salvo la Alta Inspección en materia de enseñanza. Por esto, en la actualidad, tanto las Comunidades Autónomas como entes locales están únicamente sujetas a controles externos<sup>(604)</sup>, manteniéndose obviamente al control de la legalidad propio de entes públicos sometidos al Estado de derecho, en donde como instrumentos legales de medición en materia de contratos encontramos al presente los ya mencionados: Recurso Especial, Recurso Administrativo y Recurso Contencioso-Administrativo.

En la *praxis* de la contratación pública, hay que señalar que este control ha decantado principalmente en una medición administrativa previa de la legalidad<sup>(605)</sup> —enmarcada en el artículo 103.2 de la Constitución—, vigilante que los procedimientos llevados a cabo estén de acuerdo a lo establecido por la reglamentación imperante. Y por otra parte, se suma una inspección contable, presupuestaria y financiera posterior del gasto público<sup>(606)</sup>, la cual según la Constitución respectiva en sus artículos 134 y 136, identifica dos tipos de controles: uno de naturaleza preventiva y otro de carácter consultivo.

Sobre el primer tipo de control normativo aludido, hay que destacar que esta medición es de revisión y legalidad. En relación con su carácter revisor, esta característica implica que la función jurisdiccional entra en juego en relación con la actuación de las Administraciones sólo *a posteriori*, una vez que se ha producido la actuación del órgano en cuestión. Por el lado de la legalidad, se trata de un control de derecho, jurídico, nunca de oportunidad o conveniencia de la actuación administrativa ni tampoco un examen de tipo técnico. Sólo cabe revocación de la actuación de la Administración con fundamento en la Ley y si concurre infracción de la misma. Quien realiza este tipo de control son los órganos de recursos contractuales<sup>(607)</sup>.

---

(603) *Ibid*, ppt.8.

(604) PARADA VÁZQUEZ (2017), op. cit., p. 134.

(605) FUENTES VEGA et al. (1999), op. cit., p. 575.

(606) Esta es una inspección o control de la actividad económica-financiera de la Administración (*Ibid*).

(607) MARÍN ALBARRÁN (2013), pp. 497-507. Una forma de control en la actual contratación española, ha sido por medio del sistema de recurso especial, el cual ha permitido modular la presunción de acierto administrativo en los contratos públicos y analizar —antes de la formalización del contrato— si esa decisión es conforme o no con la normativa vigente (GIMENO FELIÚ, 2015a, op. cit., p. 5).

Como crítica al anterior examen, la CNMC ha sostenido que hay una excesiva focalización en torno a esta legalidad, dejando de lado el cumplimiento del resto de consideraciones en relación con la eficiencia y competencia que han de inspirar esta materia de aprovisionamiento al presente. Así, también en muchos casos el retraso en la realización de dichos controles los ha dotado de poca utilidad<sup>(608)</sup>.

A este mismo respecto, destacable es reseñar lo manifestado a inicios de los años noventa por MARTÍN ACEBES, quien manifestaba que el personal de la Administración española (altos directivos públicos) poseía una preparación preferentemente jurídica, considerada por una Administración jerarquizada e inflexible que actuaba interna y externamente a través de procedimientos rígidamente preestablecidos. Luego, y por el contrario como enfatiza este autor, el nuevo enfoque modernizador de la nueva Administración empezada a considerar que el fin primordial, aunque no exclusivo, era la prestación de servicios públicos en términos de eficacia al mínimo coste, no siendo suficiente cumplir sólo el principio de legalidad<sup>(609)</sup>. De esta manera, y si extrapoláramos este hecho al presente, nos permitiría en parte fundamentar la necesidad de medir la contratación española desde otros prismas y controles, debiendo igualmente ser integrada por otras miradas.

En cuanto al control contable, presupuestario y/o financiero, como otra medición habitual en el país<sup>(610)</sup>, según FUENTES VEGA et al., parte de este examen tiene por objetivo comprobar que la actuación en lo económico-financiero de los servicios, órganos Autónomos, Sociedades y demás entes públicos estatales, se ajusten a la legalidad con eficiencia y eficacia (control de la actividad económica-financiera de la Administración)<sup>(611)</sup>. Tal medición *ex post* de los dineros públicos, se distingue

---

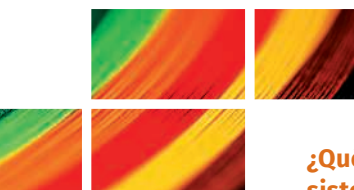
(608) CNMC (2015), op. cit., p. 27.

(609) Ángel MARTÍN ACEBES en Ministerio para las Administraciones Públicas (1992), pp. 88-89.

(610) Como se indicó en el Capítulo I de este estudio, la normativa aplicable al control presupuestario es la Ley General Presupuestaria (LGP), la cual en su artículo 140 distingue entre control interno y externo (MIAJA FOL, 2010, op. cit., pp. 208-209).

(611) FUENTES VEGA et al. (1999), op. cit., p. 576. De acuerdo a RODRÍGUEZ FRAGA, el control de la actividad financiera en la práctica puede establecerse en seis grandes categorías o modalidades: 1) El asesoramiento o la consultoría. Implica un juicio crítico acerca de las alternativas a una decisión pública, 2) La evaluación. Supone emitir un juicio de valor acerca del grado de cumplimiento de la actividad pública, 3) La intervención. Es un control directo e inmediato que participa en la conformación del acto administrativo a través de la emisión de un juicio crítico que forma parte o completa la declaración de voluntad administrativa. Este control interno se ejerce en tres modalidades de distinta naturaleza: la función interventora, el control financiero permanente, y la auditoría pública, 4) La fiscalización. Es una modalidad de control destinada a emitir un juicio crítico sobre la regularidad (verificación) de un acto administrativo, determinando su ajuste a la legalidad o a otro parámetro de buena gestión pública. Esta fiscalización puede desglosarse en cuatro clases: de cumplimiento de las normas jurídicas, financiera de las normas contables, de sistemas y procedimientos de control interno, y operativa acerca del resultado de las operaciones, 5) La inspección. Es una declaración de juicio de carácter inquisitivo destinada a descubrir la veracidad conocida u oculta (investigación) de los actos de interés





## ¿Qué se necesita para obtener mejores resultados en nuestro sistema de contratación pública?

**E**ste libro pretende abrir nuestra mente y aunar conocimientos sobre el por qué debemos dejar de abordar la contratación pública desde un único prisma, y comenzar a operarla, controlarla y mejorarla, adicionando otros enfoques y disciplinas. El control, la mejora continua y la calidad que necesita alcanzar hoy en día esta materia, debe proceder de otros enfoques que complementen y fortalezcan a la tradicional visión jurídica, presupuestaria y financiera; nuevos enfoques que ya están siendo utilizados desde hace años en los países que poseen sistemas de contratación exitosos.

A tal fin, a lo largo de esta obra se expone, entre otras cuestiones: la optimización del proceso de contratación a través de su control, la calidad requerida y quién la define, y algunas metodologías que permiten mejorar su proceso interno y su gestión integral.

Además, se analizan otros aspectos significativos de esta materia estratégica, como lo son la transparencia, eficiencia y eficacia, innovación y contratación electrónica, haciendo hincapié en esta última característica como el principal desafío —junto al control— que deben afrontar las Administraciones del presente.

